Commissie van Aanbestedingsexperts

Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts Van: Joop Janssen, voorzitter en Chris Jansen, vice-voorzitter Datum: 22 mei 2015 Kopie aan: de Minister van Economische Zaken

1. Inleiding

De Commissie ontleent haar bestaansrecht aan artikel 4.27 van de Aanbestedingswet 2012 en het Instellingsbesluit van de Minister van Economische Zaken van 7 maart 2013, Stcrt 2013, nr. 6182. De Commissie bestaat uit een voorzitter (mr. J.G.J. Janssen) en een vice-voorzitter (prof.mr. C.E.C. Jansen). Met ingang van 1 april 2015 is de Commissie uitgebreid met een derde lid (mr. drs. T.H. Chen). Aan de Commissie zijn 86 experts verbonden die, op verzoek van de Commissie, haar assisteren bij de klachtafhandeling. De Commissie wordt ondersteund door een administratief en aanbestedingsrecht-inhoudelijk secretariaat. Deze (tweede) jaarrapportage heeft betrekking op de periode 1 maart 2014 tot 1 maart 2015. De rapportage zal ook deze keer gepubliceerd worden op de website van de Commissie: www.commissievanaanbestedingsexperts.nl. De Commissie zendt kopie van de rapportage ter kennisname aan de Minister van economische Zaken.

2. Doel en taken

Het primaire doel van de Commissie is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. De Commissie doet dat door tussen partijen te bemiddelen en niet bindende adviezen te geven naar aanleiding van klachten. De Commissie hoopt daarmee tevens de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

3. De statistieken

Tussen 1 maart 2014 en 1 maart 2015 zijn 102 klachten door de Commissie ontvangen. Gemiddeld bestaan de behandelde klachten uit circa 2 deelklachten. Alle klachten zijn ingediend door bedrijven die mee willen dingen naar overheidsopdrachten. Klagers zijn dus (potentiële) gegadigden en (potentiële) inschrijvers. Er zijn ook dit verslagjaar opnieuw geen klachten door aanbestedende diensten ingediend. Van de 102 klachten zijn 80 klachten ingediend door Midden- en Klein Bedrijven, 15 door Grootbedrijven en werden 7 klachten ingediend door een branche-organisatie namens MKB-bedrijven. Klachten zijn ingediend tegen onder andere de rijksoverheid, waterschappen, gemeentes, provincies, schoolbesturen, de politie, veiligheidsregio's en nutssectoren. Klachten gaan zowel over overheidsopdrachten als raamovereenkomsten die zowel betrekking hebben op leveringen, diensten als werken.

A. KLACHTEN (INGEDIEND TUSSEN 1 MAART 2014 – 1 MAART 2015

Aantal ingediende klachten	**102**
- Totaal aantal ingediende deelklachten	178
Aantal niet in behandeling genomen klachten	**35**
Aantal in behandeling genomen klachten	**67**
Klachten waarover advies is uitgebracht	30
Klachten die op 1 maart 2015 nog in behandeling waren	16
Klachten waarin bemiddeld is	-
Klachten "on hold" gezet in verband met alsnog in behandeling nemen van de klacht door aanbestedende dienst of in verband met Kort Geding	3
Klachten ingetrokken	18
als gevolg van instellen Kort Geding	*3*
als gevolg van actie door AD	*14*
uit commerciële overwegingen	*1*
Klacht in tweede instantie alsnog niet in behandeling genomen	1

A.1 Klachten uitgesplitst naar aanbestedingsprocedure (alle ingediende klachten)

Aanbestedingsprocedure	**Aantal**
EU openbare procedure	52
EU niet openbare procedure	11
EU onderhandelingsprocedure zonder aankondiging	1
EU onderhandelingsprocedure met aankondiging	-
EU concurrentiegericht dialoog	1
EU prijsvraag	-
Nationale openbare aanbestedingsprocedure	21
Nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure	1
Meervoudige onderhandse procedure	9
Er is (nog) geen procedure toegepast	5
Mini-competitie binnen raamovereenkomst	1

A.2 Onderwerp van de klacht uitgesplitst naar procedurebeslissing(*), zoals aangegeven in het klachtenformulier (alle ingediende klachten; meerdere onderwerpen per klacht mogelijk)

	Aantal
De keuze van de ondernemers bij de meervoudig onderhandse procedure	1
De keuze van de procedure	15
Gebrekkige communicatie door de aanbestedende dienst	29
Gedrag van de onderneming	16
Gunningsbeslissing en de motivering daarvan	36
Termijnen	9
Gunningscriteria en het beoordelen van biedingen	42
Programma van eisen (bestek, inclusief conceptvoorwaarden)	28
Selectiecriteria en het selectieproces	12
Uitsluitingsgronden	19

Samenvoegen en wel/ niet splitsen	6
Minimum geschiktheidseisen	12
Totaal aantal ingevulde onderwerpen	225

(*) Afhankelijk van de procedurebeslissing die het onderwerp van de klacht vormt, hebben klachten vooral betrekking op proportionaliteit, EMVI, bestekseisen, motiveringsplicht bij samenvoegen/niet-splitsen in percelen, motiveringsplicht bij meervoudig onderhandse procedure, afbreken aanbesteding, referentiewerken, heraanbesteding.

A.3 Fase van de aanbestedingsprocedure waarin wordt geklaagd (alle ingediende klachten)

	Aantal	Totaal
Aankondiging(*)	1	
Niet openbare procedure: Aankondiging is gepubliceerd, termijn voor aanmelding als gegadigde loopt nog(*)	4	
Niet openbare procedure: Selectie van gegadigden heeft plaatsgevonden, geselecteerden zijn uitgenodigd, termijn voor inschrijving loopt nog(*)	6	
Openbare procedure: Aankondiging is gepubliceerd, termijn voor inschrijving loopt nog(*)	29	
Inschrijving is gesloten, voorlopige gunningsbeslissing is nog niet gecommuniceerd(*)	14	
		54*
Gunningsbeslissing is gecommuniceerd, standstill termijn loopt nog	29	
Standstill termijn is verstreken, contract is nog niet gesloten	4	
Contract is gesloten	11	
Er is geen sprake van een aanbesteding	4	
		58

* In deze fasen kan een advies van de Commissie (nog) invloed hebben op het (verdere) verloop van de aanbestedingsprocedure

A.4 Klachten waarin aanbestedende dienst desgevraagd bereid was om kritieke termijn(en) te verlengen (alleen in behandeling genomen klachten)

Bereidheid bij aanbestedende dienst	Aantal
Aantal klachten waarbij door de Commissie verzocht is om verlenging	39
Niet meer mogelijk (bijv. omdat contract inmiddels is gesloten)	11
Toegestaan	18
Afgewezen	10
Aantal klachten waarbij (om uiteenlopende redenen) niet verzocht is om verlenging (o.a. standstill termijn was al verlopen, contract was al gesloten, er was geen sprake van een termijn die kon verlopen)	9

A.5 Gemiddelde doorlooptijden van de klachtbehandeling in kalenderdagen

(alleen klachten die niet in behandeling zijn genomen en klachten waarin op 1 maart 2015 advies was uitgebracht, gerekend vanaf de datum van binnenkomst klacht tot aan de datum van de beslissing tot niet in behandeling nemen respectievelijk de datum van verzending van het Advies)

Verloop van de procedure	Aantal klachten	Gemiddelde doorlooptijd in kalenderdagen
1. Niet in behandeling genomen waarbij geen nadere info benodigd was	24	4,67
2. Niet in behandeling genomen waarbij klager eerst nadere info diende te leveren	11	8,27
3. In behandeling genomen (deel-)klachten met (kritieke) termijn	23	40,91
4. In behandeling genomen (deel-)klachten zonder (kritieke) termijn	7	63,57

B. UITGEBRACHTE ADVIEZEN

Aantal adviezen uitgebracht tussen 1 maart 2014- 1 maart 2015	40
Totaal aantal deelklachten	80
Totaal aantal deelklachten gegrond	29
Totaal aantal deelklachten ongegrond	50
Gegrondheid deelklacht niet vast te stellen	1
11 Adviezen: Alle deelklachten zijn geheel gegrond	13
16 Adviezen: Alle deelklachten zijn geheel ongegrond	22
13 Adviezen: Deelklachten ten dele gegrond/ongegrond/niet vast te stellen	45
- aantal deelklachten dat gegrond is	*16*
- aantal deelklachten dat ongegrond is	*28*
- Deelklacht niet vast te stellen	*1*

C. EXPERTS

Aantal ingeschakelde Experts	17
Commissie Experts	14
Branche Experts	3
Aantal klachten waarbij een expert is ingeschakeld	16

4. Ontwikkelingen in het proces van klachtafhandeling

Inschakeling Experts
In het tweede jaar is het aantal klachten toegenomen. De Commissie heeft het prioriteren van klachten tot onderdeel van het proces gemaakt. Daar waar termijnen in de aanbestedingsprocedure een rol spelen, wordt door de Commissie in voorkomende gevallen aan de aanbestedende dienst het verzoek gedaan om gedurende de periode die nodig is om een advies te kunnen uitbrengen, in de lopende procedure geen onomkeerbare stappen te nemen, opdat een advies van de Commissie nog effect kan hebben in de procedure. Daar waar de termijn geen rol meer speelt worden partijen geïnformeerd dat – als gevolg van de prioritering – het uitbrengen van een advies langer zal duren.
In een poging meer capaciteit te creëren en haar werklast meer te spreiden, heeft de Commissie aanvankelijk besloten meer Experts in te zetten bij de klachtbehandeling. In een aantal gevallen heeft dat goed gewerkt maar de algemene ervaring is toch dat deze maatregel (nog) niet tot de gewenste verlichting heeft geleid. De tijdwinst die geboekt kon worden door Experts concept-adviezen te laten schrijven werd grotendeels teniet gedaan door de gebleken noodzaak, tijd en aandacht te besteden aan de instructie van en afstemming met behandelende Experts en aan de bewerking van de door hen geproduceerde concept-adviezen in concrete klachtdossiers. Dat neemt niet weg dat de Commissie in 16 dossiers dankbaar gebruik heeft gemaakt van de inbreng van Experts. In goed overleg met de Expertgroep zal worden bezien of de Experts vaker en doelmatiger kunnen worden ingezet bij de klachtbehandeling.

Uitbreiding van de Commissie
Om structureel de ondervonden capaciteitsproblemen desalniettemin het hoofd te kunnen bieden, is besloten een vacature open te stellen voor de benoeming van een derde lid van de Commissie. Dat heeft geleid tot de benoeming op 1 april 2015 van mr. drs. T.H. Chen tot lid van de Commissie.

Afname van het aantal niet in behandeling genomen klachten
Het aantal klachten dat vanwege procedurele redenen niet in behandeling kon worden genomen, is gedaald. Er wordt door klagers beter geklaagd bij de (klachtenloketten van) aanbestedende diensten, voordat de klacht bij de Commissie wordt neergelegd. De Commissie zag zich in een aantal gevallen geconfronteerd met dossiers waarbij de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken had voorzien in de mogelijkheid voor ondernemers om een klacht direct bij de Commissie in te dienen, zonder die klacht eerst bij (het klachtenloket van) de aanbestedende dienst zelf neer te leggen. Het beleid van de Commissie is inmiddels om in dergelijke gevallen de aanbestedende dienst aan te schrijven met het verzoek zich eerst zelf over de klacht te buigen, conform de bedoeling van de wetgever. Uitgangspunt is immers dat partijen gestimuleerd worden eerst zelf tot een oplossing te komen. Mocht dat verzoek aan de aanbestedende dienst onverhoopt niet het gewenste resultaat opleveren, dan neemt de Commissie de klacht alsnog in behandeling.
Het aantal klachten dat niet in behandeling kon worden genomen omdat de klacht geen betrekking had op een aanbesteding waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing was, is gedaald. Opvallend is een drietal klachten over het niet aanbesteden van een – naar de mening van klager – aanbestedingsplichtige opdracht.
De Commissie heeft twee klachten niet in behandeling kunnen nemen omdat zowel de voorzitter als de vice-voorzitter wegens een mogelijk conflicterend belang niet vrij waren deze te behandelen. De verwachting is dat met de benoeming van een derde lid van de Commissie de kans dat deze (ongewenste) situatie zich nogmaals zal kunnen voordoen, aanmerkelijk is afgenomen.

Toegenomen bekendheid van en profilering door de Commissie
Enerzijds door gericht voorlichting over haar functie en doelstellingen te geven via spreekbeurten en expertmeetings en anderzijds door publicatie op haar website van inmiddels 47 adviezen (stand 01-03-15), is de bekendheid van de Commissie toegenomen.

De Commissie zoekt daarnaast naar andere manieren om zich te profileren zodat haar bekendheid wordt vergroot. Een voorbeeld daarvan vormt de ingezonden brief van de Commissie die op 9 maart 2015 in Cobouw werd gepubliceerd ("Wurgcontract? Dien dan een klacht in!").

De Commissie heeft zich gedurende het verslagjaar ook een aantal malen in het buitenland gepresenteerd door tijdens congressen en workshops een toelichting te geven op haar werkwijze en de effecten van haar klachtbehandelingsactiviteiten. Een presentatie van de Commissie tijdens de International Public Procurement Conference in Dublin (17 augustus 2014) werd met grote interesse ontvangen en leidde tot een uitnodiging tot het houden van presentaties bij het Bangor University Institute for Competition and Procurement Studies in Wales (19 maart 2015) en bij de Public Procurement Research Group van Prof. Sue Arrowsmith aan de University of Nottingham (15 juni 2015). In de Angelsaksische landen bestaat een nog grotere behoefte aan een onafhankelijke klachtprocedure gegeven de complexiteit van het Common Law rechtssysteem en de hoge proceskosten in dat systeem.

Concrete aanbevelingen
Bij alle adviezen geeft de Commissie inmiddels niet meer alleen een normatief oordeel over de gegrondheid van de klacht, maar gaat zij ook na of en in hoeverre aan de partijen een praktische aanbeveling kan worden gedaan. Daarbij staat voorop dat die aanbeveling zinvol moet zijn en passend binnen de grenzen van de aanbestedingsregelgeving. De Commissie kan niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten en kan de beleidsvrijheid van een aanbestedende dienst om – bijvoorbeeld – al dan niet tot een heraanbesteding te besluiten, niet beperken. Daarnaast kan een aanbeveling geen betrekking hebben op het aanbestedings*beleid* van de aanbestedende dienst.

5. Verbeterpunten

De minister van EZ heeft, in het kader van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 besloten ook het functioneren van de Commissie te laten evalueren door een onafhankelijk adviesbureau. Naar verwachting zal de rapportage in de loop van het voorjaar 2015 aan de Tweede Kamer worden gepresenteerd. De Commissie heeft aan deze evaluatie haar volle medewerking verleend en kijkt uit naar de suggesties tot verbetering van haar functioneren, die zij zeer serieus zal nemen.

Vooruitlopend op de uit die evaluatie voorvloeiende mogelijke suggesties tot verbetering van haar functioneren, noemt de Commissie tot slot één onderwerp ten aanzien waarvan zij in de komende periode zelf graag een slag zou willen maken. De Commissie mag zich gelukkig prijzen met het feit dat zij 86 Experts aan zich verbonden weet. Gedurende haar korte bestaan heeft de Commissie geprobeerd Experts op een zo effectief en efficiënt mogelijke manier in te zetten bij de behandeling van klachten. Zoals hiervoor reeds bleek (onder 4) zijn de daarmee geboekte resultaten wisselend geweest. Dat heeft niet zozeer te maken met de kwaliteit en betrokkenheid van de Experts – integendeel – maar veel meer met het probleem dat de inzet van Experts zich in de hectiek van een door een klachtprocedure doorkruiste aanbestedingsprocedure lastig laat organiseren, althans wanneer die inzet bestaat uit het incidenteel zelfstandige (mee)schrijven van een concept-advies dat consistent moet zijn met eerdere door de Commissie gegeven adviezen. De

Commissie wil in de komende periode – in overleg met de Experts – onderzoeken of het door haar ervaren probleem kan worden voorkomen door Experts op een andere manier in te schakelen in klachtprocedures. Met het oog daarop is een Expertmiddag georganiseerd die zal plaatsvinden op 27 mei 2015.

Mr. J.G.J Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter